

Margherita Ramajoli

## **LO STATUTO DEL PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO A VENT'ANNI DALL'APPROVAZIONE DELLA LEGGE N. 241/90, OVVERO DEL NESSO DI STRUMENTALITÀ TRIANGOLARE TRA PROCEDIMENTO, ATTO E PROCESSO (\*)**

in *Dir. proc. amm.*, fasc.2, 2010

Sommario: 1. Alla ricerca di un criterio di bilancio. - 2. La legge n. 241/90 come critica a un modello non di azione amministrativa, ma di tutela giurisdizionale. - 3. L'istruttoria come cuore del procedimento amministrativo. - 4. La motivazione sostanziale come summa dello statuto del provvedimento amministrativo. - 5. Dalla legge n. 241/90 alla legge n. 15/05: modelli di statuto del provvedimento amministrativo a confronto. - 6. La giurisprudenza sul sindacato di legittimità delle scelte amministrative come vera erede dello statuto provvedimentoale della legge n. 241/90. - 7. Bilancio e prospettive.

1. Per fare un bilancio dell'azione amministrativa a vent'anni dalla legge n. 241/90 *dal punto di vista del provvedimento* occorre avere la «previsione» iniziale su cui parametrare i risultati della «gestione». Il criterio di bilancio della legge n. 241 non può che essere la sua intenzionalità originaria, così come si esprimeva nelle dichiarazioni del suo ispiratore e cioè di Mario Nigro.

Questo vale in particolare per il provvedimento amministrativo, perché l'intenzionalità della legge n. 241 è tutta rivolta al provvedimento: nella visione di Nigro, l'oggetto della disciplina è il procedimento, ma lo scopo della disciplina stessa è di produrre una trasformazione profonda dello statuto del provvedimento.

Riferirsi alla visione di Nigro è necessario anche per tracciare le prospettive, le quali hanno sempre un orizzonte ideale di riferimento. Ma l'orizzonte ideale della legge n. 241 è stato alterato in maniera significativa dalla legge n. 15/2005, che ha introdotto nel testo originario una disciplina formale dello statuto del provvedimento; quest'ultima appare largamente ispirata proprio a quella legge generale sull'azione amministrativa tedesca dalle cui critiche aveva preso invece le mosse il progetto della cd. Commissione Nigro (1).

Infatti con la legge n. 15, da un lato, il provvedimento amministrativo è diventato oggetto esplicito e diretto di disciplina, laddove invece nel testo originario era lo scopo della disciplina, cioè il risultato di lungo periodo che ci si attendeva dall'applicazione della nuova disciplina del procedimento; dall'altro, il provvedimento amministrativo è stato «codificato», cioè irrigidito in una forma, laddove invece la Commissione Nigro riteneva che imbrigliare il provvedimento in uno «statuto» formale avrebbe significato renderlo meno sensibile alla trasformazione cui si mirava.

La legge n. 15 ha quindi alterato la filosofia complessiva della legge n. 241 proprio nella parte in cui ha introdotto uno statuto formale del provvedimento. In quale orizzonte allora dobbiamo collocare le «prospettive» della legge n. 241 riguardo al provvedimento amministrativo: in quello originario o in quello introdotto dalla legge n. 15?

Anche per questa ragione risulta dunque importante riportare davanti a noi con la maggiore precisione possibile la *ratio* originaria della proposta della Commissione Nigro e cioè l'intenzionalità profonda della legge n. 241. Credo che in un «bilancio» sia anzitutto un dovere ripensare con attenzione al punto di partenza, soprattutto perché dell'esperienza deve essere fatto tesoro; essa deve servire di insegnamento sia per controllare se si era capito bene l'intento originario, sia per verificare se quell'intento si basasse su corrette ipotesi e presupposizioni.

2. Si è soliti ritenere che il testo originario della legge n. 241 non contenga un vero e proprio statuto del provvedimento. Nel contesto storico in cui si forma il progetto Nigro emerge con prepotenza la necessità di affermare come l'attività amministrativa si svolga non solo ed esclusivamente mediante provvedimenti amministrativi, ma altresì attraverso strumenti consensuali, piani e programmi, e sia addirittura possibile, talvolta, sostituire un provvedimento amministrativo permissivo con un atto dichiarativo del soggetto privato interessato.

Tuttavia se riconsideriamo il genuino progetto di Nigro ci si rende conto di quanto in esso fosse centrale ed assorbente anche e proprio l'esigenza di contribuire all'affermazione di un nuovo statuto del provvedimento amministrativo.

Trarrò le mie considerazioni da tre fonti dell'Autore: l'intervento *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, all'incontro di

studio organizzato dal Formez a Roma nel 1980, poco prima della nomina della Commissione Nigro, l'intervento *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (A proposito di un recente disegno di legge)*, al convegno organizzato a Messina-Taormina nel 1988, quando la legge 241 attendeva solo di essere approvata, e la *Giustizia amministrativa*, la cui stesura definitiva si colloca temporalmente giusto a metà strada tra gli altri testi (1984).

Il punto da cui prendere le mosse è che per Nigro il valore e gli effetti di una legge sul procedimento amministrativo devono essere considerati nella prospettiva della tutela giurisdizionale. L'essenza della politica del diritto da concretizzarsi nella legge sul procedimento è espressa dall'affermazione secondo cui: «il dispiegarsi del procedimento si rivela strettamente funzionale alla completezza e profondità della cognizione giudiziale» (2).

Nell'intervento del 1980 si mettono uno di fronte all'altro due modelli di rapporto tra procedimento e processo amministrativo, il modello della separazione e quello dell'alternatività. Il primo concepisce il procedimento esclusivamente come servente rispetto all'atto finale e ritiene che il procedimento sia «indifferente rispetto ai problemi della tutela giurisdizionale». Il secondo concepisce all'opposto il procedimento stesso, dotato di una struttura paragiurisdizionale, come sede della tutela del cittadino e comporta un recedere in secondo piano, cioè in una dimensione puramente formale ed esteriore, della tutela giurisdizionale (3).

Però, dal momento che secondo Nigro la nostra Costituzione rende impossibile rinunciare sia «alla costruzione di un efficiente sistema giurisdizionale [art. 24], sia ad una disciplina del procedimento che consenta a questo di concorrere alla realizzazione di valori di giustizia [art. 97]», occorre optare per un terzo, diverso, modello, e cioè quello dell'integrazione tra procedimento amministrativo e processo giurisdizionale.

In particolare, un'ipotetica legge sul procedimento è volta a favorire l'affermarsi di una nuova legalità: «*non una legalità-legittimità, ma una legalità-giustizia*, perché non si tratta più soltanto di controllare e assicurare la conformità dell'attività amministrativa all'ordine normativo preesistente, ma di dare vita, con la partecipazione e attraverso il confronto di tutti gli interessi coinvolti, *ad un giusto e originale assetto di tali interessi*» (4).

In concreto, dunque, una disciplina del procedimento deve servire a spostare il baricentro dell'azione amministrativa dall'atto finale all'istruttoria procedimentale, con il fine precipuo di rendere più *sostanziale* il controllo giurisdizionale sul corretto esercizio del potere amministrativo. La legge sul procedimento nasce quindi come critica non a un modello di azione amministrativa, ma a un modello di tutela giurisdizionale il quale, essendo incentrato esclusivamente sull'atto formalisticamente inteso, impedisce al sindacato giurisdizionale di attingere la sostanza dell'assetto di interessi posto in essere dall'amministrazione.

Nel momento in cui scrive Nigro «procedimento e giurisdizione sono due specchi che si rimandano reciprocamente, ingigantendola sempre più, l'immagine dell'atto amministrativo: il modo di esercizio della giurisdizione conferma, dunque, che il procedimento serve esclusivamente a dar vita all'atto, che esso appartiene al mondo dell'atto» (5).

Di contro, l'importanza del procedimento si rivela non nel suo risultato finale e cioè nell'atto, ma nell'istruttoria che lo sostanzia. Il suo centro si trova nella complessa istruttoria che, verificando i fatti, consente l'identificazione, la valutazione e la comparazione degli interessi in gioco e la definizione dell'interesse pubblico.

3. Emerge dunque con chiarezza la ragione in base alla quale l'istruttoria è il cuore del procedimento amministrativo. Infatti, «l'istruttoria procedimentale non riguarda soltanto l'operazione di individuazione e raccolta dei fatti rilevanti per la decisione, ma l'intero processo di formazione di essa, processo che tocca sia il diritto che il fatto. Nell'esercizio delle sue potestà l'amministrazione non cala *nel* fatto o *sul* fatto un diritto prefabbricato, ma tesse per così dire una trama che va dal diritto al fatto e dal fatto al diritto per precisare l'uno attraverso l'altro e viceversa. È quasi un luogo comune che nell'attività discrezionale (che è quella che soprattutto interessa), il diritto che l'amministrazione applica è il diritto del caso concreto, il diritto che trova nel fatto stesso al quale lo applica» (6).

La famosa tesi del provvedimento come riepilogo preformato del procedimento, espressa per prima dalla dottrina tedesca (7) assume un significato peculiare per Nigro. Essa significa che «diritto e fatto dell'episodio in cui amministrazione e amministrato entrano in contatto si colgono più ampiamente e significativamente dietro l'atto, negli atti e nelle operazioni che l'hanno preceduto, nei rapporti e negli

apporti organizzativi, i quali ... costituiscono la parte essenziale del procedimento» (8).

Questa considerazione ha tanto più valore in quanto, sottolinea Nigro nell'intervento del 1988, l'amministrazione agisce non più come entità esecutiva, bensì come «una forza di governo», «sulla base spesso di prescrizioni legislative (o normative in genere) ponenti soltanto regole formali o, comunque, obiettivi molto scarni» (9).

Sempre nel 1988 Nigro osserva che sempre più importante appare «il contributo che dall'impianto di un'adeguata struttura procedimentale» può «venire per l'efficienza del processo amministrativo»: «solo dal procedimento amministrativo possono scaturire gli elementi necessari al giudice per la verifica dei fatti così come posti a base del provvedimento» e «solo il procedimento amministrativo può rendere noti al giudice i parametri di ragionevolezza, di giustizia e di efficienza concretamente assunti nella vicenda dall'amministrazione ... senza i quali il giudice difetta degli elementi essenziali per una verifica dell'eccesso di potere che non si contenti di un riscontro di illogicità ed ingiustizia astratte» (10).

Quindi, ai fini di una scelta amministrativa «giustificata e ragionevole», «momento decisivo dell'attività diventa ... l'istruttoria dalla quale l'atto finale necessariamente discende e che dell'atto finisce poi per condizionare il significato e la sorte», al punto che «nella denuncia di eccesso di potere sotto accusa in definitiva non è l'atto ma il procedimento» (11).

Interessa puntare l'attenzione non tanto sull'atto in sé e per sé considerato, quanto sul farsi dell'atto, ribaltando l'impostazione tradizionale secondo cui il procedimento è nato al servizio dell'atto per spiegarne la nascita ed esaltarne la signoria (12).

Infine troviamo compiutamente espresso nella *Giustizia amministrativa* il disegno di trasformazione del processo amministrativo che fa da sfondo all'idea della legge sul procedimento amministrativo. La funzione del processo amministrativo non è tanto di «verificare una realtà sostanziale esterna e definita (il diritto soggettivo)», ma piuttosto è di «concorrere a creare l'oggetto stesso della verifica», «fissando la regola del concreto operare dell'amministrazione *in relazione all'interesse sostanziale dell'amministrato*, stabilendo così il *giusto rapporto* tra interesse sostanziale e potere amministrativo» (13).

La crisi del modello di impugnazione spinge verso la trasformazione del processo nel senso di aprirlo alla considerazione/conformazione del modo di esercizio del potere amministrativo, allo scopo di soddisfare l'interesse materiale del ricorrente. L'ampliamento del contenuto (di accertamento e ordinatorio) della sentenza del giudice amministrativo e la correlata funzione del giudizio di ottemperanza, attraverso cui tale contenuto (regola del futuro esercizio del potere amministrativo) diventa effettivo, giocano a favore dell'emersione del conflitto sostanziale di interessi, con conseguente arricchimento della situazione giuridica soggettiva del ricorrente e espansione del vincolo sull'esercizio della potestà amministrativa (14).

4. In definitiva l'intenzionalità originaria della legge n. 241/90 non ignora affatto lo statuto del provvedimento amministrativo, anzi mira all'affermazione di un nuovo statuto, nel quale siano messi in primo piano non gli aspetti formali dell'autorità (efficacia, esecutorietà, autotutela), ma gli aspetti sostanziali del rapporto tra interesse del singolo e interesse pubblico concretamente posto in essere dal provvedimento.

Ciò al fine di consentire non semplicemente un più profondo e penetrante sindacato giurisdizionale, bensì anche un più deciso orientamento della tutela verso la protezione dell'interesse sostanziale fatto valere dal ricorrente.

In altri termini, con un paradosso solo apparente, nella visione originaria della legge n. 241 lo statuto del provvedimento è *il procedimento stesso*, nella misura in cui ciò che conta è la disciplina *del contenuto* dell'atto, non della sua forma esteriore.

In questa logica lo statuto del provvedimento nella legge n. 241 è tutto contenuto nell'art. 3, dove la motivazione è definita secondo un modo che esprime compiutamente la visione di Nigro, e cioè come indicazione delle ragioni sostanziali che, nella prospettiva del rapporto tra diritto e fatto, sorreggono la scelta dell'amministrazione, così come emergono dalle risultanze dell'istruttoria («la motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria»).

È doveroso sottolineare che la visione espressa da Nigro non è il punto di vista di un singolo studioso, ma esprime il culmine di un'intera epoca. Frutto di decenni di riflessione critica sulla teoria tradizionale dell'atto amministrativo, inteso ad

affermare il carattere sostanziale dell'interesse legittimo, l'orizzonte da cui è scaturita la legge n. 241 concepisce il procedimento come sede di emersione degli interessi in gioco e come strumento essenziale di garanzia del privato nei confronti dell'arbitrio del potere amministrativo (15).

Il procedimento amministrativo diviene così uno strumento di diluizione del potere amministrativo e di legittimazione dell'amministrazione stessa.

Ma l'accentuazione del momento procedimentale comporta, in questo orizzonte, non il tentativo di rimozione dell'atto amministrativo, bensì il passaggio da una visione formalistica, in cui contavano l'imperatività e l'efficacia del provvedimento, ad una visione sostanzialistica, di giustificazione razionale delle scelte dell'amministrazione.

Assume importanza nevralgica, oltre all'istruttoria procedimentale, che diviene il contesto di giustificazione dei risultati di un'azione, anche la motivazione, intesa quest'ultima in senso sostanziale. Infatti l'obbligo di motivare i provvedimenti amministrativi esisteva già prima dell'entrata in vigore della legge n. 241, essendo stato da tempo riconosciuto dalla giurisprudenza per talune categorie di atti amministrativi. Solo che esso era un obbligo di tipo formale, che spesso si accontentava di una motivazione purchessia, e non era inserito in un più ampio tessuto di trasformazione dell'agire amministrativo e della relativa tutela giurisdizionale.

Di contro l'art. 3 della legge 241 obbedisce ad un'impostazione sostanziale, chiedendo che la motivazione, introdotta obbligatoriamente per tutte le tipologie di provvedimento amministrativo, debba indicare presupposti di fatto e ragioni giuridiche a fondamento della decisione, in relazione ai risultati istruttori. Occorre così esplicitare la ragione giuridica di un provvedimento, la quale deve fondarsi necessariamente sui fatti, sulla realtà (16).

L'art. 3 rappresenta dunque la *summa* dell'idea di statuto procedimentale secondo la legge n. 241, tant'è che si tratta di disposizione contenuta nel Capo I, relativo ai principi: lo statuto del provvedimento amministrativo coincide con la sua motivazione e quindi con la sindacabilità delle scelte operate dall'amministrazione.

Ma soprattutto l'art. 3 contiene il codice genetico per lo sviluppo futuro di uno statuto generale del provvedimento amministrativo ordinato secondo il punto di vista della garanzia dei singoli nei confronti dell'arbitrio del potere amministrativo.

Questo particolare statuto del provvedimento amministrativo ha una sua energia espansiva, una produttività in grado di divenire fonte inesauribile di materiale nuovo. Ciò nella misura in cui la regola dell'azione amministrativa, come sottolineava Nigro in un passaggio della *Giustizia amministrativa* sopra ricordato, è sempre necessariamente una regola *concreta*, cioè la regola di un *particolare* rapporto tra l'esigenza di cura dell'interesse pubblico e l'esigenza di protezione dell'interesse del singolo *che nascono in relazione ad una determinata configurazione fattuale*.

Così la motivazione, intesa in senso sostanziale, è lo strumento imprescindibile al fine di consentire al giudice di cooperare - come sempre diceva Nigro - alla costruzione di una regola che realizzi un giusto assetto degli interessi.

5. Se passiamo ora al «bilancio» della legge n. 241 dal punto di vista del provvedimento amministrativo, la prima impressione è che le aspettative riposte nella legge siano andate tradite.

L'art. 3 non è diventato affatto il veicolo di una concezione più sostanziale della motivazione, ma anzi ha prodotto l'effetto contrario, cioè la trasformazione del difetto di motivazione in un vizio puramente formale.

Non a caso questa tendenza è diventata esplicita nel momento in cui la legge n. 15 ha introdotto nella legge n. 241 una disciplina del provvedimento. La legge n. 15 ha inserito nel corpo originario del testo un capo apposito (Capo IV-*bis*) contenente otto nuovi articoli (dall'art. 21-*bis* all'art. 21-*nonies*); essi mirano dichiaratamente a codificare la disciplina del provvedimento amministrativo, obbedendo ad una concezione formale del provvedimento stesso, nonché recependo alcuni, non pacifici, orientamenti giurisprudenziali (17).

La matrice originaria di questo differente modello si trova nella legge sul procedimento amministrativo della Repubblica Federale di Germania del 1976, che dopo avere dedicato una parte prima all'ambito di applicazione della legge e una parte seconda alle disposizioni generali sul procedimento amministrativo, presenta una parte terza sull'atto amministrativo, le cui disposizioni si occupano di



formazione, di validità e di effetti dell'atto; si tratta di diciannove paragrafi, quasi tutti molto estesi, che regolano in modo dettagliato l'atto amministrativo (18).

In più riprese si era tentato di importare in Italia questo modello, il cui debito nei confronti della pandettistica e della postpandettistica è ben evidente, in quanto volto ad elaborare una disciplina dell'atto amministrativo sulla falsariga di quella del negozio giuridico (19).

Noti sono i lavori della Commissione Forti (1944-1948) e delle quattro proposte di legge presentate rispettivamente da De Francesco, da Lucifredi, Resta e Codacci Pisanelli, dal solo Lucifredi, e da Cossiga e altri, che intendevano fissare legislativamente prescrizioni sulla formazione e sulla validità del provvedimento amministrativo (20).

Ma, come è altrettanto noto, questi tentativi italiani sono tutti falliti e scientemente la Commissione Nigro ha scartato l'impostazione cd. post-pandettistica, perché essa finisce con il porre essenzialmente fuori causa il processo di formazione della decisione amministrativa. Del resto, quanto sia lontana l'ispirazione della Commissione Nigro da una disciplina di carattere formale è testimoniato da una disposizione che compariva nell'articolato originario (art. 1, comma 1) e poi soppressa ad opera degli uffici della Presidenza del Consiglio; in base ad essa l'attività amministrativa «si ispira al principio della libertà delle forme», in maniera da evitare che il provvedimento amministrativo sia vincolato da forme determinate e, ancor prima, che l'intera attività amministrativa sia sottoposta a formalismo e tipicità (21).

E non è un caso che in Francia manchino a tutt'oggi leggi generali sull'azione amministrativa e sul procedimento, ma da tempo, a far data dal 1978 (l. n. 79-587, dell'11 luglio 1979), sia previsto normativamente l'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi o, meglio, di alcuni provvedimenti amministrativi, obbedendo così alla medesima visione dello statuto del provvedimento amministrativo fatta propria dal testo originario della legge n. 241 (22).

Ora, invece, la legge n. 15 si ricollega idealmente alla risalente sistematica tedesca, emanando una serie di norme di disciplina dell'efficacia, dell'esecuzione, dell'invalidità del provvedimento, nonché dei provvedimenti amministrativi di secondo grado. In questa maniera si stempera l'idea che l'atto conclusivo del procedimento abbia il carattere di un riepilogo preformato nelle considerazioni

precedenti e che sia fondamentale cercare di rendere trasparente e controllabile il processo decisionale. Si riafferma inoltre l'assoluta centralità del provvedimento amministrativo quale strumento dell'agire dell'amministrazione, come dimostra il comma 4-*bis* dell'art. 11 che impone che la stipulazione degli accordi sia preceduta da una determinazione dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento.

Ma soprattutto la legge n. 15 *decostruisce* la legge n. 241 e il suo significato ultimo, perché con il secondo comma dell'art. 21-*octies* i vizi procedimentali sono dequotati al punto da ritenere che essi possano divenire irrilevanti in un giudizio sulla legittimità dell'atto amministrativo («non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento ... qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato»).

Si assiste alla degradazione di molte ipotesi di violazione di legge a forme di illegittimità non invalidanti, con la conseguenza di far considerare inutile formalismo anche il rispetto di regole che hanno una valenza che va al di là della tutela degli interessi specifici di un singolo. L'esempio è proprio offerto dalla regola dell'obbligo di motivazione, che riveste un'indubbia importanza anche in termini di giustificazione sostanziale delle scelte amministrative, oltre che in termini di responsabilità dell'amministrazione di fronte a tutti i cittadini e, in definitiva, in termini di civiltà giuridica.

In questa maniera si giunge a configurare uno statuto del provvedimento amministrativo diametralmente opposto rispetto a quello in origine concepito. Dal canto suo, una parte della giurisprudenza amministrativa ha contribuito a rafforzare questo nuovo modello di statuto provvedimentale, ad esempio, riconoscendo all'amministrazione la facoltà di spiegare anche nel corso del processo le ragioni a fondamento della propria decisione.

Più precisamente in giurisprudenza si trova la seguente concatenazione logica: anzitutto si giunge a configurare il difetto di motivazione alla stregua di vizio formale, anche se è oltremodo dubbio che nella previsione dell'art. 21-*octies*, comma 2, prima parte, rientri il vizio di omessa motivazione. Infatti esso ha natura sostanziale e non meramente formale o procedurale, al pari del vizio di omessa istruttoria (23), e secondo la giurisprudenza comunitaria un difetto o

un'insufficienza di motivazione, fatti sempre rientrare nella violazione delle «forme sostanziali», costituiscono addirittura motivo di ordine pubblico da sollevarsi d'ufficio ad opera del giudice comunitario (24).

Il giudice amministrativo, dopo avere ricompreso il difetto di motivazione tra i vizi formali, afferma che tale vizio può condurre all'annullamento del provvedimento solo ove sia palese che il contenuto dispositivo del medesimo non sarebbe stato diverso e, più esattamente, che «il vizio formale non può condurre all'annullamento dell'atto amministrativo ove l'interesse pubblico sia stato in ogni caso soddisfatto», interpretando in maniera piuttosto libera il principio secondo cui l'art. 21-*octies*, comma secondo, troverebbe applicazione solo in presenza di provvedimenti di natura vincolata.

Infine il giudice ammette la motivazione postuma del provvedimento in sede giudiziale sulla base dell'art. 21-*octies*, consentendo all'amministrazione intimata di rappresentare in corso di giudizio gli eventuali elementi utili per evidenziare la palese infondatezza della pretesa della parte ricorrente, depositando atti istruttori idonei ad integrare il provvedimento impugnato o individuando, ad integrazione della motivazione mancante, gli elementi istruttori (25).

Ma vi è un'evidente circolarità nel ragionamento svolto dalla giurisprudenza in esame, che prima forza la portata normativa dell'art. 21-*octies* per ricomprendervi il difetto di motivazione e poi ritorna alla norma stessa per giustificarne l'integrazione postuma.

Si assiste così ad una duplice alterazione, sia sul piano sostanziale, sia sul piano processuale: da un lato, si trasforma in un vuoto simulacro l'obbligo di motivazione, rendendolo evanescente e sostanzialmente inutile, dall'altro, si configura il processo come una sorta di procedimento di riesame condotto sotto mentite spoglie processuali. In tal modo si sovverte l'ordine logico e cronologico tra procedimento e processo, con il rischio che l'amministrazione si limiti ad individuare il dispositivo del provvedimento, rinviando l'esplicitazione delle motivazioni, e costringa il privato ad attivare lo strumento della tutela giurisdizionale al solo scopo di essere reso partecipe delle ragioni alla base della decisione (26).

Il tipo di integrazione che viene qui in rilievo, e cioè il riconoscimento della facoltà dell'amministrazione di depositare atti istruttori idonei ad integrare il provvedimento impugnato o di individuare, ad integrazione della motivazione mancante, ulteriori

elementi istruttori, è ben diverso dall'integrazione tra procedimento amministrativo e processo giurisdizionale configurata da Nigro. Quando quest'ultimo affermava che il processo si trova inevitabilmente inserito nel flusso dell'attività amministrativa intendeva con ciò che il processo è un momento intermedio fra l'esercizio passato e l'esercizio futuro della potestà amministrativa e non che il processo potesse divenire un improprio succedaneo del procedimento amministrativo.

6. Il panorama tracciato può sembrare sconsolante e indurre a pensare che Nigro peccasse d'ingenuità, oppure (e le due cose non sono necessariamente in contraddizione, nella misura in cui la legge n. 15 nasce proprio da una prassi giurisprudenziale di rifiuto della visione di Nigro) che avesse ragione a temere che l'introduzione di una disciplina dell'atto nella legge sul procedimento avrebbe sviluppato tendenze formalistiche, recidendo nuovamente il nesso di cooperazione tra procedimento e processo.

Tuttavia quello appena delineato non è il quadro completo. Per operare un bilancio corretto della legge n. 241 occorre allargare lo sguardo fino a comprendere tutto il lavoro giurisprudenziale che in questi decenni è stato svolto nel senso dell'approfondimento del sindacato di legittimità delle scelte amministrative, proprio attraverso un uso dei principi di completezza dell'istruttoria e di adeguatezza della motivazione che traduce perfettamente l'idea espressa a più riprese da Nigro.

Questa elaborazione è tanto più importante quanto più avviene quasi inavvertitamente, perché si presenta nella forma classica del sindacato sull'eccesso di potere, talvolta senza riferirsi direttamente all'art. 3 della legge n. 241.

Ma è questa giurisprudenza la vera erede dell'impostazione di Nigro: in essa la motivazione appare come il vero statuto sostanziale del provvedimento amministrativo, il nesso di strumentalità tra procedimento e processo è portato al massimo grado e l'esercizio del potere va sempre puntualmente sorretto dall'esplicazione di elementi di fatto, di specifici dati istruttori e di peculiari esigenze giustificative sottese alla decisione assunta, dando atto della ponderazione di interessi effettuata.

Una motivazione fornita in ragione delle risultanze dell'istruttoria, come richiede lo statuto nigriano del provvedimento amministrativo, è il ponte che conduce alla cognizione diretta dei motivi, ripercorrendo l'intero procedimento in quanto

dimostrativo della genesi del provvedimento e considerando la vera e propria valutazione compiuta dall'amministrazione, sia pure partendo dagli elementi formali attraverso la quale si esprime.

Il difetto di motivazione, quale strumento di verifica del corretto esercizio del potere, acquista evidenza per il contestuale ricorrere di altre figure, quale, ad esempio, il difetto di istruttoria. Incompletezza dell'istruttoria e insufficienza della motivazione spesso procedono di pari passo, il difetto di motivazione si lega quasi sempre ad un vizio nell'accertamento del fatto, nel senso che la cattiva percezione di elementi del fatto si riflette sulla motivazione nel suo complesso.

L'obbligo di motivazione concepito in siffatta maniera amplia l'ambito sostanziale della tutela che il giudice è in grado di offrire al ricorrente. Così si procede all'annullamento di provvedimenti aventi una motivazione giudicata insufficiente laddove essa si incentri solo su talune esigenze e non consideri tutti gli interessi in gioco.

Su questa scia si colloca la giurisprudenza che reputa insufficiente, a giustificazione di un'ordinanza sindacale di regolamentazione degli orari delle attività produttive, una motivazione tutta incentrata su esigenze preventive di sicurezza (27); o, a giustificazione di un diniego di autorizzazione di un istituto di vigilanza, una motivazione che si limiti a concentrare il proprio interesse sul numero e sull'importanza degli istituti già autorizzati, «occorrendo invece dimostrare in modo puntuale che il numero e le dimensioni degli istituti operanti è tale per cui l'autorizzazione di un ulteriore operatore sortirebbe effetti negativi certi per l'interesse pubblico» (28); oppure, a giustificazione di un provvedimento di diniego del riconoscimento della dipendenza di una patologia da causa di servizio, una motivazione che «non consideri sufficientemente le condizioni di lavoro del dipendente» (29).

Interessante è poi la giurisprudenza che annulla i provvedimenti di acquisizione sanante di aree di proprietà private illegittimamente occupate ex art. 43 T.U. sull'espropriazione per pubblica utilità, nel caso in cui l'amministrazione si limiti a considerare solo l'astratta idoneità dell'opera a soddisfare esigenze di carattere generale, senza compiere una valutazione comparativa tra l'interesse pubblico e quello privato, quest'ultimo inteso come interesse alla tutela di un diritto costituzionalmente garantito, dandone poi conto con una congrua motivazione. Il

provvedimento «deve perciò trovare la sua giustificazione nella particolare rilevanza dell'interesse pubblico posto a raffronto con l'interesse privato, con la conseguenza che la motivazione dell'atto o della richiesta di acquisizione dovrà essere, quindi, particolarmente esaustiva della valutazione degli interessi in conflitto, e conseguentemente più stringente dovrà essere il sindacato giurisdizionale». In particolare, la motivazione «deve porre in luce esattamente i motivi di interesse alla realizzazione dell'opera, indicando anche la non percorribilità di soluzioni alternative; deve dare preciso conto della urgenza che ha imposto di obliterare le procedure corrette, ovvero delle contingenze che hanno interrotto, sospeso, annullato o comunque non hanno condotto a buon fine il giusto procedimento espropriativo; della assoluta necessità, e non mera utilità, che l'immobile sia acquisito nello stato in cui si trova; infine della natura della trasformazione subita e dunque del fatto che la mancata acquisizione costituirebbe uno spreco di risorse pubbliche» (30).

Questa giurisprudenza mostra come il giudice, nel caso in cui riconosca l'esistenza di una motivazione carente, si spinga anche a chiarire e esplicitare l'adeguato contenuto che avrebbe dovuto avere la motivazione stessa (31).

Vi è poi una giurisprudenza, anche se tutt'altro che pacifica, che ritiene illegittimi i provvedimenti di demolizione che non contengano l'indicazione delle norme che si assumono violate e soprattutto della consistenza dell'abuso e della sua collocazione in relazione ai dati catastali dell'immobile (32). Questa giurisprudenza si pone sulla medesima scia di quella, precedente all'entrata in vigore dell'art. 21-*octies*, comma 2, secondo alinea, favorevole a riconoscere la sussistenza dell'obbligo di avviso dell'avvio del procedimento anche nell'ipotesi di provvedimenti a contenuto totalmente vincolato, sulla scorta della considerazione che la pretesa partecipativa del privato riguarda anche l'accertamento e la valutazione dei presupposti sui quali si deve comunque fondare la determinazione amministrativa (33).

In definitiva quel che rileva è la complessità dell'accertamento da effettuare, perché, se la mancanza di motivazione non produce illegittimità allorché i presupposti fattuali dell'atto risultano assolutamente incontestati, evitando così formalismi inutili, non altrettanto può dirsi quando invece esistono margini di incertezza.

Sul versante opposto si afferma che anche atti espressione di ampia discrezionalità necessitano di una motivazione adeguata, perché sempre il potere discrezionale va esercitato nel rispetto dei canoni della logicità e della razionalità, «aspetti sindacabili solo attraverso la lente della motivazione». Così, un provvedimento di qualificazione urbanistica di un terreno che ha respinto l'istanza di classificazione dell'area del ricorrente come «edificabile» in considerazione del fatto che il vecchio piano regolatore generale e la sua revisione *in itinere* la qualificano «verde agricolo» è illegittimo per motivazione insufficiente e tautologica (34).

Talvolta si è giunti ad annullare anche i cd. atti di alta amministrazione, come gli atti di nomina e di revoca di assessori, fondati su motivazioni apparenti, generiche e non idonee a consentire il controllo giurisdizionale finalizzato a verificare la non arbitrarietà dell'esercizio del potere, perché l'ampiezza di potere riconosciuta all'amministrazione «non deve però debordare in arbitrio decisionale»; è solo mediante l'adempimento dell'obbligo motivazionale che si consente di evitare che l'amministrazione eserciti il suo potere per scopi diversi da quelli ricavabili dal contesto normativo in cui il potere si colloca (35).

Ma la giurisprudenza si è spinta ancora più in là reclamando una motivazione non generica anche per gli atti che concretizzano scelte programmatiche. Così le scelte di rideterminazione delle circoscrizioni territoriali delle sedi farmaceutiche richiedono una motivazione calibrata sulle singole situazioni locali e quindi, ancora prima, una previa istruttoria delle effettive esigenze della popolazione locale, occorrendo fornire una «logica e convincente motivazione sul nesso di causalità esistente tra l'aumento della popolazione in determinate zone e la necessità di revisionare le altre circoscrizioni delle farmacie» (36), e, soprattutto, la sintesi espressa nella finale statuizione di un piano regolatore generale deve essere sorretta da un'adeguata esposizione delle ragioni sottese alla graduazione degli interessi coinvolti, la cui mancanza provoca l'annullamento dell'atto («ove la norma che esonera dall'obbligo di motivazione gli atti di pianificazione potesse estendersi a procedimenti condotti all'insegna del rispetto del contraddittorio e del tentativo di pervenire a soluzioni concordate fra le parti coinvolte nella progettata pianificazione, il principio di effettività della tutela giurisdizionale resterebbe un mero *flatus vocis*») (37).

In questa maniera si valorizza il legame tra motivazione e manifestazione degli interessi dei partecipanti al procedimento, con la conseguenza che è ritenuto

illegittimo per difetto di motivazione il provvedimento che non rechi alcuna valutazione o non faccia neppure menzione degli apporti forniti dai soggetti partecipanti al procedimento e pertinenti rispetto al suo oggetto, oppure che si fondi su motivi di diniego sul quale l'interessato non abbia potuto interloquire secondo il procedimento disciplinato dall'art. 10-bis(38).

Da ultimo questa giurisprudenza si riallaccia all'orientamento in base al quale l'obbligo di motivazione dei provvedimenti negativi in merito al rilascio di atti ampliativi non solo richiede l'indicazione delle specifiche disposizioni normative ritenute ostative, ma si deve estendere altresì ad «una concomitante valutazione delle condizioni apposte dall'amministrazione per l'esito positivo dell'istanza»: «in queste ipotesi infatti, oltre alla necessità di rispettare il dovere imposto dall'art. 3 l. 241 del 1990, si tratta anche di rendere edotto il titolare dell'interesse legittimo di carattere pretensivo sulle circostanze rilevanti nel caso di specie, nonché di mettere lo stesso soggetto in condizione di provvedere, laddove possibile, ad adeguare, ove possibile, l'intervento alla normativa vigente» (39).

7. Si potrebbe allora pensare che la legge n. 241 abbia tradito le aspettative e che l'evoluzione auspicata da Nigro si stia realizzando contro o quantomeno a prescindere dalle norme di legge, come mostra la sentenza da ultimo citata, in cui il rafforzamento contenutistico dell'obbligo di motivazione avviene non in virtù dell'art. 3, bensì affermando di volere andare al di là di quanto in esso stabilito.

Credo però che sia possibile fornire una diversa interpretazione del fenomeno, nel senso che la legge n. 241 abbia cooperato in maniera determinante all'affermazione di un sindacato più profondo e sostanziale sull'azione amministrativa, ma non direttamente e in positivo, bensì indirettamente.

Nigro osservava nell'intervento del 1988 che «i giudici in generale amano stabilire da sé i principi di vita e le regole d'azione dell'amministrazione e graduare così discrezionalmente il loro potere di incidenza in tale azione» (40).

Non si può quindi pensare che il suo fosse un progetto ingenuo. Ritengo piuttosto che la legge n. 241 abbia spinto i giudici a percorrere con maggior decisione la via che già la migliore giurisprudenza aveva imboccato e che Nigro aveva colto con acuta sensibilità come il vero motore della trasformazione del diritto amministrativo (41).



Questo fenomeno però, come si è già accennato, ha riguardato solo una parte della giurisprudenza, con la conseguenza che attualmente convivono statuti distinti del provvedimento amministrativo, i quali obbediscono a ispirazioni opposte, una maggiormente sensibile al processo di formazione della decisione, l'altra irretita nella concezione dell'atto amministrativo come atto conclusivo puntuale.

Oltretutto nella presente era di de-costruzione manca un chiaro e generale riconoscimento della necessità di mettere ordine in una realtà positiva fortemente irrazionale e si rinuncia a cercare un minimo comune denominatore dei diversi, variegati atti amministrativi, abdicando così a ricercare la giusta combinazione tra specializzazione e generalizzazione.

Inoltre non si coltiva un'interazione stabile tra legislazione, giurisprudenza e dottrina, anzi predomina la scissione di prospettive tra i tre formanti dell'ordinamento. Basti pensare all'ambiguo atteggiamento della dottrina nei confronti dell'originaria legge n. 241: essa, da una parte, ha interpretato il testo normativo in modo da preparare il terreno alla legge n. 15, dall'altra, ha enfatizzato le regole sul procedimento come regole autonome, autofondate e autosufficienti di garanzia, creando i cd. diritti procedurali (42).

Questo processo di mitizzazione della legge n. 241 ha reciso il nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto e processo prefigurato invece da Nigro, secondo cui l'integrazione tra procedimento e processo serve a rendere più sostanziale il controllo di legittimità sull'atto amministrativo.

Tuttavia, se di prospettive si vuole parlare, occorre favorire il combinarsi virtuoso dei tre formanti del diritto, riprendendo il filo della costruzione graduale della disciplina sostanziale dell'agire amministrativo (43).

Compito della dottrina è creare le condizioni per agevolare la spinta di sviluppo della giurisprudenza e ciò può avvenire solo recuperando l'intenzionalità originaria della legge n. 241. La Commissione Nigro, infatti, si proponeva di elaborare una legge strategica, volta a far penetrare, attraverso l'uso giurisprudenziale dei principi da essa dettati, il punto di vista dei cittadini nella disciplina dell'azione amministrativa, coniugando così garanzia per gli interessati e migliore perseguimento dell'interesse pubblico.

Del legislatore e della giurisprudenza si è qui già abbondantemente parlato, ma conviene ricordare che l'imminente riforma del processo amministrativo dovrebbe essere l'occasione per introdurre regole rispondenti al modello nigriano di integrazione tra procedimento e processo. In particolare, una riforma del processo dovrebbe valorizzare la sostanza sociale dell'opera del giudice amministrativo come solutore di conflitti, con tutte le conseguenze sul piano del sindacato sul fatto, dell'invenzione del diritto e dei poteri decisorii che da tale posizione derivano.

Da ultimo, riprendendo ancora le parole di Nigro al fine di chiudere il cerchio inizialmente aperto, occorre avere la consapevolezza che le garanzie poste dalla legge n. 241 sono destinate ad acquistare rilievo solamente in un Paese in cui «l'amministrazione abbia un elevato senso di giustizia (e si consideri essa la prima fonte di tale giustizia), il cittadino piena coscienza dei suoi diritti, e, a custodia di tutti (amministrazione compresa), operi un giudice indipendente» (44).

#### **Note:**

(\*) Il testo rielabora la relazione Lo statuto del provvedimento amministrativo svolta al Convegno L'azione amministrativa a venti anni dall'approvazione della Legge n. 241. Bilancio e prospettive, tenutosi a Perugia il 19 marzo 2010.

(1) Sulla legge tedesca sul procedimento amministrativo (Verwaltungsverfahrensgesetz) del 25 maggio 1976 cfr. infra.

(2) M. Nigro, Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (Il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo), in L'azione amministrativa tra garanzia ed efficienza, Napoli, 1981, 21 ss., spec. 42.

(3) M. Nigro, Procedimento amministrativo, cit., 23 ss., spec. 24, 27 e 29.

(4) M. Nigro, Procedimento amministrativo, cit., 33 ss. (corsivi aggiunti).

(5) M. Nigro, Procedimento amministrativo, cit., 27.

(6) M. Nigro, Procedimento amministrativo, cit., 41.

(7) Cfr. W. Schmitt Glaeser, Pretese, speranze e realizzazioni. Il procedimento amministrativo e la sua legge - un'osservazione introduttiva, in La codificazione del procedimento amministrativo nella Repubblica federale di Germania, a cura di A. Masucci, Napoli, 1979, 377 ss., 428, ma, ancor prima, W. Brohm, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartaufgaben der Verwaltung in Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 30, Berlin, 1972, 290 ss.; la tesi del riepilogo preformato è stata non a caso sostenuta

proprio in critica alla legge tedesca sul procedimento che, come si vedrà infra, dà prevalenza ai problemi dell'atto finale.

(8) M. Nigro, Procedimento amministrativo, cit., 41-42.

(9) M. Nigro, Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge), in Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione, a cura di F. Trimarchi, Milano, 1990, 3 ss., spec. 13.

(10) M. Nigro, Il procedimento amministrativo, cit., 19-20.

(11) M. Nigro, Il procedimento amministrativo, cit., 14-15.

(12) Per la tesi secondo cui il procedimento amministrativo è nato al servizio dell'atto cfr., per tutti, A. Sandulli, Il procedimento amministrativo, Milano, 1940; per una sua critica cfr. M. Nigro, È ancora attuale una giustizia amministrativa?, in Foro it., 1983, V, 249 ss.; Id., Diritto amministrativo e processo amministrativo nel bilancio di dieci anni di giurisprudenza, ivi, 1985, V, 121 ss., spec. 125.

(13) M. Nigro, Giustizia amministrativa, Bologna, 1983, III ed., 313-314 (corsivi aggiunti).

(14) M. Nigro, Giustizia amministrativa, cit., 293-319.

(15) Basti pensare agli apporti dottrinali di F. Benvenuti, Funzione amministrativa, procedimento, processo, in Riv. trim. dir. pubbl., 1950, 1 ss.; G. Pastori, Introduzione generale a La procedura amministrativa, Milano, 1964, spec. 14 ss.; Id., Procedimento amministrativo tra vincoli formali e regole sostanziali, in Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza, II, Rimini, 1987, 806 ss.; G. Berti, Procedimento, procedura, partecipazione, in Studi in memoria di E. Guicciardi, Padova, 1975, 779 ss.; D. Sorace, Promemoria per una voce «atto amministrativo», in Scritti in onore di M.S. Giannini, III, Milano, 1988, 745 ss.; F. Ledda, La concezione dell'atto amministrativo e dei suoi caratteri, in Diritto amministrativo e giustizia amministrativa, cit., II, 777 ss.; sul carattere sostanziale dell'interesse legittimo cfr. M. Nigro, Ma che cos'è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione, in Foro it., 1987, V, 470 ss.; sul procedimento come «luogo» di emersione degli interessi e di individuazione dei soggetti interessati cfr. E. Cardi, La manifestazione d'interessi nei procedimenti amministrativi, Città di Castello, I, 1983, II, 1984, ma, ancor prima, F. Levi, L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione, Torino, 1967. Si ricordi poi che la Commissione Nigro era composta, oltre che dal suo presidente, dai proff. Giorgio Pastori, Giuseppe Pericu,

Francesco Pugliese, dai consiglieri del Consiglio di Stato Salvatore Giacchetti e Luigi Cossu e dal consigliere della Corte dei Conti Onorato Sepe.

(16) A tal proposito si è parlato (G. Corso, voce Motivazione dell'atto amministrativo, in Enc. dir., aggiorn., Milano, 2001, 776) di una struttura di tipo sillogistico, per cui la motivazione descrive la relazione tra le ragioni giuridiche (premessa maggiore), i presupposti di fatto (premessa minore) e la decisione.

(17) Emblematico è l'art. 21-octies, comma 2, il quale si ispira all'orientamento giurisprudenziale che, facendo applicazione del principio del raggiungimento dello scopo, aveva interpretato le disposizioni originarie della legge n. 241/90 in maniera tale che la loro violazione non desse luogo necessariamente all'annullamento dell'atto impugnato; cfr. sul punto R. Villata - M. Ramajoli, Il provvedimento amministrativo, Torino, 2006, 515 ss.

(18) Cfr. W. Schmitt Glaeser, Pretese, cit., 422 ss.

(19) Sulla tradizionale lettura in senso negoziale del provvedimento amministrativo cfr. R. Villata - M. Ramajoli, Il provvedimento amministrativo, cit., 7 ss.

(20) Cfr. G. Pastori (a cura di), La procedura amministrativa, cit., 563 ss.; L. Acquarone, Il problema della disciplina generale dell'azione amministrativa: dai primi tentativi alle leggi in vigore, in La disciplina generale dell'azione amministrativa, a cura di V. Cerulli Irelli, Napoli, 2006, 1 ss.

(21) Critico nei riguardi di questa soppressione si mostra naturalmente M. Nigro, Il procedimento amministrativo, cit., 7-8.

(22) In tema cfr. J-B. Auby, Rapport introductif français, in Il procedimento amministrativo, a cura di V. Cerulli Irelli, Napoli, 2007, 53 ss.; P. Gonod, La codification de la procédure administrative, ivi, 67 ss.; R. Scarciglia, La disciplina generale dell'azione amministrativa in Europa, in La disciplina generale dell'azione amministrativa, cit., 21 ss., spec. 27 ss.

(23) Nel senso che il difetto di motivazione abbia natura sostanziale e non meramente formale o procedurale, al pari del difetto di istruttoria, cfr., da ultimo, Cons. Stato, Sez. IV, 28 maggio 2009, n. 3336; in senso contrario Cons. Stato, Sez. IV, 18 giugno 2009, n. 4017.

(24) Da ultimo, Corte giustizia CE, 2 dicembre 2009, C-89/08 P, Commissione/Irlanda e a., punto 34, ma cfr. anche Corte giustizia CE, 20 febbraio 1997, C-166/95 P, Commissione/Daffix, punto 24.

(25) Cons. Stato, Sez. VI, 8 novembre 2005, n. 6220; T.A.R. Abruzzo, Pescara, 13 giugno 2005, n. 394; T.A.R. Lombardia, Sez. II, 8 maggio 2006, n. 1173; T.A.R. Campania, Salerno, 14 luglio 2009, n. 4022.

(26) Sul punto cfr. R. Villata - M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 279. Risponde alla medesima ratio decostruttiva dell'obbligo di motivazione la giurisprudenza secondo cui, «anche se nel provvedimento finale non risultino chiaramente e compiutamente rese comprensibili le ragioni sottese alla scelta fatta dalla pubblica amministrazione» è sufficiente che esse siano «intuibili» sulla base della parte dispositiva del provvedimento impugnato (Cons. Stato, Sez. VI, 3 marzo 2010, n. 1241; Cons. Stato, Sez. IV, 30 novembre 2009, n. 7502; Cons. Stato, Sez. V, 9 ottobre 2007, n. 5271). A sua volta, siffatta giurisprudenza presenta un nesso con l'orientamento in base al quale per la piena conoscenza dell'atto, da cui decorre il termine di impugnazione, è sufficiente la cognizione degli «elementi essenziali del provvedimento», tra i quali non è compresa la motivazione, che rileva solo ai fini della proposizione dei motivi aggiunti (da ultimo, Cons. Stato, Sez. IV, 22 gennaio 2010, n. 292). Per una critica nei riguardi di questa posizione cfr. S. Baccarini, *Motivazione ed effettività della tutela*, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2007, 3311 ss.; L. Ferrara, *Motivazione e impugnabilità degli atti amministrativi*, ivi, 2008, 1193 ss.; ma cfr. altresì la particolare posizione di B.G. Mattarella, *Il declino della motivazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 617 ss.

(27) T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 3 novembre 2009, n. 10780.

(28) Cons. Stato, Sez. VI, 11 novembre 2008, n. 5599. «Perché la concorrenza può alimentare le migliori condizioni di fruibilità del servizio e una più idonea e razionale organizzazione e gestione delle risorse e ciò può determinare anche un incremento dei posti di lavoro e della sicurezza dei cittadini»: così Cons. Stato, Sez. VI, 4 agosto 2008, n. 3875.

(29) Cons. Stato, Sez. VI, 19 ottobre 2009, n. 6366.

(30) Cfr., da ultimo, Cons. Stato, Sez. IV, 26 febbraio 2009, n. 1136; Cons. Stato, Sez. IV, 17 febbraio 2009, n. 915; C.g.a.r.S., 29 maggio 2008, n. 490, ma sulla necessità di motivazione stringente già Ad. plen., 29 aprile 2005, n. 2.

(31) Analogamente il provvedimento con cui la motorizzazione civile dispone la revisione della patente di guida manca di un supporto motivazionale minimo se l'amministrazione si limita a fare menzione dell'infrazione contestata: esso «deve contenere una valutazione dei fatti nel loro complesso, una adeguata motivazione circa la gravità dei danni e della condotta tenuta dall'interessato e infine specifiche considerazioni in base alle quali si è formato il dubbio in ordine alla perizia e alla capacità del conducente» (Cons. Stato, Sez. VI, 1 settembre 2009, n. 5116; T.A.R. Liguria, Genova, Sez. II, 22 ottobre 2009, n. 2953; 18 dicembre 2008, n. 2146;

T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. I, 5 giugno 2009, n. 1598; Sez. II, 30 aprile 2009, n. 1188).

(32) T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 11 marzo 2009, n. 1386; in senso contrario T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VI, 24 settembre 2009, n. 5071.

(33) «Non sarebbe rinvenibile alcun principio di ordine logico e giuridico che possa impedire al privato, destinatario di un atto vincolato, di rappresentare all'amministrazione l'inesistenza dei presupposti ipotizzati dalla norma, esercitando preventivamente sul piano amministrativo quella difesa delle proprie ragioni che altrimenti sarebbe costretto a svolgere unicamente in sede giudiziaria»; così Cons. Stato, Sez. IV, 4 febbraio 2004, n. 396; Sez. V, 22 febbraio 2004, n. 2307.

(34) T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 22 ottobre 2009, n. 1691.

(35) T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. II, 16 marzo 2009, n. 285 e 17 febbraio 2009, n. 154; T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 22 novembre 2007, n. 3958; in senso opposto, però, il giudice di secondo grado, secondo cui «sarebbe contrario a qualsiasi logica che, dopo aver dato alla figura sindacale una autonomia e una personificazione del potere di rara incidenza nell'assetto istituzionale, si debbano poi assoggettare i profili più squisitamente organizzativi dell'azione di quel soggetto a una serie di vagli di tipo esclusivamente formale, quale è in fondo l'esternazione di un discorso giustificativo» (Cons. Stato, Sez. V, 12 ottobre 2009, n. 6253).

(36) C.g.a.r.S., 28 aprile 2008, n. 370; T.A.R. Sardegna, Cagliari, Sez. I, 24 aprile 2008, n. 758.

(37) T.A.R. Trentino Alto Adige, Trento, Sez. I, 23 novembre 2009, n. 287.

(38) T.A.R. Umbria, Perugia, 1 settembre 2009, n. 502; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 27 maggio 2008, n. 5113; T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. II, 5 febbraio 2008, n. 140.

(39) T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 28 maggio 2009, n. 2998.

(40) M. Nigro, A proposito di un disegno di legge, cit., 7, ma altro passo rilevante in proposito è in Procedimento e tutela, cit., 53: «va escluso che una legge sul procedimento possa limitarsi o trovare la sua ragion d'essere nella enunciazione di principi generali reggenti l'azione amministrativa. Non che neghi la validità di tali principi, ma non credo che ad essi si possa assicurare vitalità attraverso la loro mera enunciazione e fidando nell'attuazione spontanea di essi nell'azione amministrativa».

(41) «Se la norma vive solo nella interpretazione della giurisprudenza (pratica), anche questa giurisprudenza vive solo nell'immagine che ne dà chi la interpreta ...

L'interprete, dovremmo averlo imparato, non è fuori del gioco, ma dentro» (M. Nigro, Giustizia amministrativa, cit., 7).

(42) Che era proprio quel che Nigro intendeva evitare, cioè la caduta nella concezione puramente giudiziale del procedimento secondo il modello austriaco (M. Nigro, Procedimento amministrativo, cit., 27 ss.).

(43) Su quest'ultimo tema cfr., se si vuole, M. Ramajoli, L'esigenza sistematica nel diritto amministrativo attuale, in corso di pubblicazione in Riv. trim. dir. pubbl.

(44) M. Nigro, Giustizia amministrativa, cit., 86.